

SEÇÃO III – DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL

SUBSEÇÃO I – DIREITO CIVIL

1. ARTIGOS

1.1 O RECONHECIMENTO LEGAL DO CONCEITO MODERNO DE FAMÍLIA – O ART. 5º, II E PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 11.340/2006, LEI MARIA DA PENHA

LEONARDO BARRETO MOREIRA ALVES
Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais
Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)
Pós-Graduando em Direito Civil pela PUC/MG

“Família é quem você escolhe pra viver
Família é quem você escolhe pra você
Não precisa ter conta sanguínea
É preciso ter sempre um pouco mais de sintonia.”
(O Rappa)

SUMÁRIO: Introdução. 1. O conceito moderno de família. 2. Breves notas sobre a Lei nº 11.340/06. 3. O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o art. 5º, II e parágrafo único, da Lei nº 11.340/06. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Até o advento da Constituição Federal de 1988, o conceito jurídico de família era extremamente limitado e taxativo, pois o Código Civil de 1916 somente conferira o *status familiae* àqueles agrupamentos originados do instituto do matrimônio. Além disso, o modelo único de família era caracterizado como um ente fechado, voltado para si mesmo, onde a felicidade pessoal dos seus integrantes, na maioria das vezes, era preterida pela manutenção do vínculo familiar a qualquer custo (o que Deus uniu o homem não pode separar) – daí porque se proibia o divórcio e se punia severamente o cônjuge tido como culpado pela separação judicial¹.

Entretanto, os princípios preconizados na Carta Magna provocaram uma profunda alteração do conceito de família até então predominante na legislação civil. Inicialmente, há de se mencionar que o princípio do reconhecimento da união estável

¹ O Código Civil de 1916 e, posteriormente, também a Lei do Divórcio atribuíam ao cônjuge culpado pela separação judicial as sanções de perda da guarda judicial dos filhos, do direito a alimentos e do nome de casado.

(art. 226, § 3º) e da família monoparental (art. 226, § 4º) foi responsável pela quebra do monopólio do casamento como único meio legitimador da formação da família.

Destarte, sem dúvida alguma, é o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) o principal marco de mudança do paradigma da família. A partir dele, tal ente passa a ser considerado um meio de promoção pessoal dos seus componentes. Por isso, o único requisito para a sua constituição não é mais jurídico e sim fático: *o afeto*. Nessa esteira, observa-se que a entidade familiar ultrapassa os limites da previsão jurídica (casamento, união estável e família monoparental) para abarcar todo e qualquer agrupamento de pessoas onde permeie o elemento afeto (*affectio familiae*). Em outras palavras, o ordenamento jurídico deverá sempre reconhecer como família todo e qualquer grupo no qual os seus membros enxergam uns aos outros como seu familiar.

Não obstante a consolidação desse conceito moderno sobre a família, certo é que, no plano infraconstitucional, não se via o seu reconhecimento expresso, o que, muitas vezes, causava insegurança aos magistrados no julgamento dos casos concretos, principalmente nas lides envolvendo uniões homossexuais (ou homoafetivas, termo mais apropriado para o cenário da atualidade), optando eles, no vazio legislativo, pelo não reconhecimento de qualquer outro tipo de entidade familiar além daquelas três já previstas na Constituição Federal.

Ocorre que, muito recentemente, em 7 de agosto de 2006, foi sancionada a Lei nº 11.340/2006 (conhecida como Lei Maria da Penha), que, apesar de ter como finalidade primordial a criação de mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar praticada contra a mulher, acabou trazendo importante inovação no ordenamento jurídico nacional no seu artigo 5º, II e parágrafo único. Desde já, para tornar ainda mais claro o debate, passemos à transcrição deste dispositivo: As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”.

Nesse momento, duas indagações precisam ser feitas: 1. teria o art. 5º, II e parágrafo único, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), transportado para o âmbito infraconstitucional, de forma inédita, o moderno conceito de família? 2. Em caso positivo, qual a real extensão desse conceito legal? Dedicemos as linhas vindouras deste trabalho à tentativa de resposta a essas relevantes indagações.

2. O conceito moderno de família

Inúmeras são as influências do ambiente social para a formação da personalidade humana. Inegavelmente, a família é a mais importante de todas. É ela que proporciona as recompensas e punições, por cujo intermédio são adquiridas as principais respostas

para os primeiros obstáculos da vida. É instituto no qual a pessoa humana encontra amparo irrestrito, fonte da sua própria felicidade.

Os membros integrantes da família (pais, irmãos, avós etc) moldam o ser humano, contribuindo para a formação do futuro adulto. Não foi por acaso que um dos maiores nomes da literatura brasileira, Machado de Assis, já afirmara que *o menino é pai do homem*. O grupo familiar tem sua função social e é determinado por necessidades sociais. Ele deve garantir o provimento das crianças, para que elas, na idade adulta, exerçam atividades produtivas para a própria sociedade, e deve educá-las, para que elas tenham uma moral e valores compatíveis com a cultura em que vivem (BOCK, 1996). Tanto assim que a organização familiar muda no decorrer da história do homem, é alterada em função das mudanças sociais (BOCK, 1996).

Nesse sentido, entende-se que a família não é apenas uma instituição de origem biológica, mas, sobretudo, um organismo com nítidos caracteres culturais e sociais. Nas palavras da Professora Hironaka (1999, p. 7), ela “[...] é uma entidade histórica, ancestral como a história, interligada com os rumos e desvios da história ela mesma, mutável na exata medida em que mudam as estruturas e a arquitetura da própria história através dos tempos [...]; a história da família se confunde com a história da própria humanidade”. Trata-se, em verdade, da *celula mater* da sociedade, do seu núcleo inicial, básico e regular. É um microssistema social, onde os valores de uma época são reproduzidos de modo a garantir a adequada formação do indivíduo.

Entretanto, o Código Civil de 1916, equivocadamente, pretendeu controlar a dinâmica social, pois tentou impor à sociedade um conceito único de família ao prever que apenas o casamento poderia legitimar a formação desse ente. Assim é que a única forma de criar a família legítima (e, conseqüentemente, legitimar os filhos comuns antes dele nascidos ou concebidos) era mediante o *casamento* (justas núpcias), o qual recebeu gracioso tratamento do Código Civil em nada menos que robustos cento e quarenta e nove artigos (do 180 ao 329).

Além disso, o Código, tido como instrumento legislativo de consagração dos valores burgueses típicos do século XIX, ignorando que é no direito de família, mais do que em qualquer outra seara do direito privado, onde deve haver maior valorização da pessoa humana, deu contornos eminentemente patrimonialistas à família. Por conta disso, tal agrupamento era tratado no Código como um ente de produção de riqueza, perpetuado nas gerações seguintes através do direito das sucessões. Nesse contexto, vale ressaltar que o casamento, à essa época, tinha finalidades de cunho eminentemente econômico, a exemplo do estabelecimento de vínculos patrimoniais (art. 230 – regime de bens), da mútua assistência (art. 231, III), entendida como um recíproco auxílio patrimonial, e do dever de educar e (principalmente) manter a prole (art. 231, IV).

A legalização das relações sexuais, exteriorizada a partir do dever de coabitação consagrado no art. 231, II, e a procriação eram outras finalidades do matrimônio, o que só revelava a quase completa ausência de interesses personalísticos nesse instituto. Ademais, o regime matrimonial de bens teve tratamento primordial do legislador, pois nada menos que cinquenta e nove artigos do Código foram responsáveis por essa disciplina. Os institutos protetivos da tutela, curatela e ausência, por sua vez, que deveriam resguardar com absoluta prioridade os interesses do indivíduo enquanto pessoa humana, constituíam verdadeiro estatuto legal de administração de bens.

Os impedimentos matrimoniais elencados no artigo 183 também tinham como fundamento a defesa do patrimônio e não das pessoas, como nos casos dos incisos XIII, XV e XVI. A escolha do casamento como meio único de constituição da família deu-se por dois motivos essenciais. O primeiro foi o fato de, em decorrência da sociedade brasileira sempre ter tido a propensão de cultivar as tradições cristãs, tal instituto já se encontrar impregnado na cultura nacional. O segundo motivo reside na solenidade e publicidade inerentes ao rito matrimonial: essas características, por certo, gerariam uma segurança jurídica, a qual era favorável à manutenção do compromisso assumido pelos nubentes.

Em razão do aludido modelo uno de família, as relações de fato surgidas fora do casamento não recebiam qualquer reconhecimento jurídico. Não havia família em relações concubinárias, mesmo no denominado concubinato puro (entre pessoas sem impedimentos matrimoniais). Além disso, filhos havidos fora do casamento eram considerados ilegítimos, não podendo ser reconhecidos pelos pais, mesmo que eles quisessem. Dentro da própria relação matrimonial, notava-se uma certa ausência de preocupação com a felicidade dos membros da família, visto que era evidente o desequilíbrio entre os cônjuges. Aliás, por questão de coerência, não poderia ser diferente. Ora, se o Código era espelho de uma sociedade ainda patriarcal e, por isso mesmo, machista, onde o marido tinha a incumbência de sustentar economicamente a família e à esposa só restava o dever de cuidar da casa e dos filhos, obviamente que a legislação iria estampar a superioridade masculina.

Prevalecia a figura do marido (nas palavras de Tepedino, 2001), uma das quatro figuras masculinas destacadas pelo Código, ao lado do proprietário, do contratante e do testador), e não necessariamente do amor, do afeto. Ao varão praticamente só eram conferidos pelo Código privilégios. O rol de seus direitos era extenso (artigos 233 a 239), incluindo, por exemplo, a chefia exclusiva da sociedade conjugal, a incumbência de representar a família, de administrar os bens comuns e os particulares da mulher (segundo o regime matrimonial eleito), de fixar o domicílio da família, além da exclusividade no exercício do pátrio poder² sobre os filhos (art. 240).

² Com o advento o Código Civil de 2002, o pátrio poder passou a ser chamado de poder familiar. Mantivemos neste trabalho, porém, o termo antigo por estarmos nos referindo justamente ao Código que o consagrou.

A esposa, por outro lado, ocupava papel meramente secundário, já que quase só tinha deveres, como se via nos artigos 240 a 255. A chefia da sociedade conjugal, por exemplo, só era atribuída a ela em casos excepcionais, consubstanciados no artigo 251. Além disso, determinados atos da vida civil só poderiam ser por ela praticados caso o marido assim consentisse, nos termos do artigo 242.

Nunca é demais ressaltar que, até o Estatuto da Mulher Casada de 1962 (Lei nº 4.121/62), a esposa era considerada relativamente incapaz para os atos da vida civil. Ademais, somente com o citado Estatuto é que ela se tornou colaboradora do marido na chefia da sociedade conjugal, bem como adquiriu a titularidade do pátrio poder, apesar de continuar também como colaboradora no exercício desse direito-dever. A desigualdade e o machismo ficavam ainda patentes quando se analisava o artigo 219, IV, que permitia a anulação do casamento por defloramento da mulher, ignorado pelo marido, hipótese tratada como erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge, mas que não era (e nem poderia ser) aplicada ao varão. Além disso, entendia a jurisprudência que o *debitum conjugale* só poderia ser exigido pelo homem, nunca pela esposa.

Em verdade, pouco importava se os membros da família estavam felizes ou não com aquela situação. A dignidade deles era um dado secundário. O que, de fato, se tornava relevante era a manutenção da paz doméstica, o equilíbrio, a segurança, a coesão formal da família, mesmo em detrimento da realização pessoal de cada um dos seus integrantes, principalmente a mulher. A família era concebida como um instituto em prol da própria família, um fim em si mesma, porque o legislador entendia que aquele modelo fechado era o único correto; logo, assim teria que ser, a qualquer preço, independentemente do sacrifício pessoal de seus membros. Nessa linha de intelecção, a subordinação e o sofrimento da mulher seriam recompensados com um valor de maior importância que é a manutenção do vínculo familiar.

Como consequência de tudo isso, aquelas pessoas que preferiram viver à margem do Direito, pois não se casaram, receberam designações altamente discriminatórias, como *membros de uma família ilegítima* ou ainda *responsáveis pela formação de um concubinato* (no sentido pejorativo da palavra). Os filhos provenientes das relações extraconjugais sofriam do mesmo fardo de serem tratados como *ilegítimos* e, por isso, não recebiam os direitos privativos dos chamados filhos legítimos (de pai e mãe casados), *ex vi* dos artigos 337 a 351. Aliás, a única forma de eliminar tamanha discriminação era através da legitimação dos filhos, o que ocorria, por ser óbvio, com o superveniente matrimônio dos seus respectivos pais. Do contrário, a criança já nascia com uma predisposição à infelicidade, ao menos no que concerne ao reconhecimento da sociedade do seu *status* de filho.

Some-se a tudo isso a enorme força axiológica dada à presunção *pater is est quem nuptiae demonstrant*. Havendo uma das hipóteses insertas no art. 338 do Código de

1916, decorria naturalmente a presunção relativa de que o filho foi concebido na constância do casamento, mesmo se provado um adultério expressamente confessado pela mulher, nos termos dos artigos 343 e 346. A presunção só poderia ser elidida em caso de propositura da excepcional ação de contestação de paternidade, a qual guardava restrições quanto à legitimidade (só o marido a tinha), ao prazo decadencial (exíguos dois meses, contados do nascimento, se o suposto pai era presente, ou três meses, na hipótese de ausência ou de ter-lhe sido ocultado o nascimento, contando-se então o prazo a partir de seu retorno ou da ciência do fato) e à causa de pedir (taxativamente limitada aos artigos 340 a 342).

Outro balizador da família do Código Civil de 1916 era a relação hierárquica existente entre pais e filhos, mesmo aqueles chamados de *legítimos*: o pai ocupava o posto de senhor absoluto da razão, enquanto que o filho era seu mero obediente. O processo educacional era extremamente rígido, autoritário e unilateral. O filho não tinha voz nem vez, restando a ele somente o privilégio de calar-se e obedecer, pois o patriarca sabia o que era bom para sua prole (ou melhor: para a família). Não era aberto espaço para o diálogo, para a troca de idéias e de conhecimentos, algo tão salutar em qualquer método educacional.

O pai do início do século XX tinha como seu principal papel nutrir financeiramente seus filhos. Isso bastaria para que fosse proporcionada a felicidade da sua prole. Aí estava exaurido o seu dever. Logo, a paternidade não era inspirada na proteção da pessoa dos filhos, mas no patrimônio familiar. Por outro lado, o pátrio poder era exercido pelo seu titular como se fosse um direito dele para com seus filhos, quando, na verdade, os poderes eram conferidos a ele no intuito de facilitar a realização do dever da paternidade responsável (guarda, educação e sustento da prole). Apresentados todos esses caracteres e feitas tais considerações, já é possível qualificar com detalhes o modelo de família (im)posto pelo Código Civil de 1916, mas, para que não pare qualquer tipo de dúvida, arrematemos o assunto com a valiosa lição de Tepedino (2001, p. 351), *in verbis*:

A hostilidade do legislador pré-constitucional às interferências exógenas na estrutura familiar e a escancarada proteção do vínculo conjugal e da coesão formal da família, inda que em detrimento da realização pessoal de seus integrantes – particularmente no que se refere à mulher e aos filhos, inteiramente subjugados à figura do cônjuge-varão – justificava-se em benefício da paz doméstica. Por maioria de razão, a proteção dos filhos extraconjugais nunca poderia afetar a estrutura familiar, sendo compreensível, em tal perspectiva, a aversão do Código Civil à concubina. O sacrifício individual, em todas essas hipóteses, era largamente compensado, na ótica do sistema, pela preservação da célula mater da sociedade, instituição essencial à ordem pública e modelada sob o paradigma patriarcal.

Ao considerar como ideal o modelo de família por ele consagrado, o Código Civil vedava por absoluto o término definitivo do vínculo matrimonial (à época não era permitido no Brasil o divórcio), admitindo apenas o encerramento da sociedade conjugal, através da separação judicial, sendo que o culpado pela separação era duramente punido com a perda automática da guarda judicial dos filhos e dos direitos ao nome de casado e aos alimentos.

Em virtude desse freio proporcionado pelo Código, é de se imaginar quantas famílias sofreram com o fato de terem que manter a fachada hipócrita da felicidade apenas em prol de um reconhecimento, um *status* dado pela sociedade, quando, no âmago de cada um dos seus membros, reinava a insuportabilidade da convivência, algo relativamente normal nos relacionamentos humanos, mas terrivelmente evitado em razão do medo da rejeição e dos preconceitos sociais. Inúmeros casais digladiavam-se, sequer dormiam no mesmo leito, chegavam até as vias de fato, mas permaneciam juntos para que não fosse rompida a decantada família. A influência da Igreja Católica era ainda muito forte, projetando-se também no mundo jurídico. Assim, o sacramento do matrimônio decorria da vontade de Deus e, como *o que o Criador reuniu não poderia o homem separar*, os cônjuges deveriam permanecer juntos até *que a morte os separasse*. Todo esse cenário perdurou por muito tempo, durante quase todo o século XX, mas, felizmente, a Constituição Federal de 1988, atendendo aos anseios sociais, alterou radicalmente o paradigma da família.

Consubstanciando o princípio vetor da dignidade da pessoa humana no seu art. 1º, III, a Carta Magna provocou uma autêntica revolução no direito civil como um todo, dando ensejo a um fenômeno conhecido como despatrimonialização ou personalização desse ramo do Direito. No campo específico do direito de família, verifica-se que a entidade familiar passa a ser encarada como uma verdadeira comunidade de afeto e entreajuda e não mais como uma fonte de produção de riqueza como outrora. É o âmbito familiar o local mais propício para que o indivíduo venha a obter a plena realização da sua dignidade enquanto ser humano, porque o elo entre os integrantes da família deixa de ter conotação patrimonial para envolver, sobretudo, o afeto, o carinho, o amor e a ajuda mútua.

Nesse sentido, percebe-se que as relações familiares se tornam muito mais verdadeiras, porque são construídas (e não impostas) por quem integra o instituto (e não por um terceiro, um elemento estranho, como o legislador). O ser, finalmente, supera o ter, fazendo com que o afeto se torne o elemento irradiador da convivência familiar.

O relacionamento entre os familiares, portanto, ganha uma nova roupagem. Passa a ser muito mais aberto, democrático e plural, permitindo que cada indivíduo venha a obter, de fato, a realização da sua felicidade particular. Isso porque, se a

Constituição consagrou a dignidade da pessoa humana como superprincípio, assim o fez por ter encontrado na família pós-moderna um forte (talvez o principal) meio de sua propagação, pois é no âmbito familiar que o indivíduo cresce e adquire suas habilidades para a convivência social.

Nessa linha de intelecção, Tepedino (2001, p. 328, grifo nosso) afirma que a maior preocupação da atualidade é com “[...] a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas de direito positivo, *em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social*”. O Professor Farias (2003) reforça essa idéia ao proclamar que, nos dias de hoje, predomina um modelo familiar “[...] eudemonista, afirmando-se a busca da realização plena do ser humano. Aliás, constata-se, finalmente, que a família é locus privilegiado para garantir a dignidade humana e permitir a realização plena do ser humano”.

Desse modo, conclui-se que a família advinda da Constituição Federal de 1988 tem o papel único e específico de fazer valer, no seu seio, a dignidade dos seus integrantes como forma de garantir a felicidade pessoal de cada um deles. A construção de sonhos, a realização do amor, a partilha do sofrimento, enfim, os sentimentos humanos devem ser compartilhados nesse verdadeiro LAR, Lugar de Afeto e Respeito (PEREIRA; DIAS, 2001). Nesse contexto, é imperioso fazer a releitura de alguns dos institutos do Direito de Família, precipuamente o relacionamento entre os cônjuges.

O casamento deixa de ter importância tão-somente pelo vínculo em si para ser encarado como o melhor instrumento encontrado pelos nubentes (na visão deles) para compartilharem o desejo de alcançar a felicidade. Ficar muito mais fácil realizar esse sonho junto da pessoa que se ama, pois desse sublime sentimento decorrerá uma mútua assistência verdadeira e autêntica, sem qualquer tipo de obrigação imposta por lei, até porque quem ama não se preocupa com o amado por dever, mas por desprendimento próprio.

É nesse cenário que os chamados deveres do casamento devem receber nova interpretação. A fidelidade, por exemplo, não envolve unicamente o aspecto sexual, mas também o respeito e o carinho mútuos, a confiança, a cumplicidade etc. Daí porque já começa a ser discutida, no âmbito dos Tribunais, a possibilidade de se configurar a traição por meio da Internet, especialmente nas famigeradas salas de bate-papo (chats).

O dever de coabitação segue esse mesmo trilhar: não é mais suficiente a mera convivência sob o mesmo teto conjugal para que ele esteja sendo corretamente respeitado. A boa convivência entre quatro paredes, constante, ininterrupta, intensa e

prazerosa, isso sim perfectibiliza a vida em comum. Com base nessa assertiva é que os Tribunais³ vêm admitindo a existência de separação de fato entre cônjuges que residem no mesmo local, sustentam a imagem de casados perante a sociedade, mas vivem às turras dentro do lar, muitas vezes causando traumas inimagináveis nos seus filhos.

Verifica-se também uma nova roupagem do dever de sustento, guarda e educação dos filhos: o papel do pai (gênero) moderno não se limita apenas ao simples pagamento dos gastos da sua prole ao final do mês. É inegável que o pagamento das diversas despesas é indispensável à sobrevivência dos menores, mas ele não é a única função dos pais, sequer a mais importante, até porque poderia ser facilmente preenchida por um orfanato ou outra instituição de caridade qualquer, talvez até com maior eficiência.

É o acompanhamento psicológico, educacional e mesmo espiritual, o diálogo exercitado cotidianamente, a transferência de maturidade e de lições de vida, a participação efetiva na escolha do colégio, do esporte, da academia de balé, é estar sempre se renovando e se conhecendo para acompanhar as gradativas mudanças dos filhos, enfim, é preparar um ser humano intelectualmente equilibrado e certo dos seus valores para a vida em sociedade que define o verdadeiro papel do pai contemporâneo.

Os filhos, de outro lado, ganharam o espaço necessário à participação no processo educacional: saíram da condição de meros objetos desse processo para alcançarem o *status* de sujeitos com direito à voz naquilo que lhes interessava diretamente. Dessa forma, os filhos deixaram de ser simples repetidores de ordens dos seus pais, o que aumentou em muito o contato (verdadeiro) entre eles.

Continuando na releitura dos deveres do casamento, há de ser analisado neste momento o dever da mútua assistência. É certo que, à época do Código Civil de 1916, tal dever não tinha conotação personalística, já que se referia principalmente ao auxílio patrimonial entre os cônjuges. Mas, atualmente, com a nova interpretação que lhe é dada pela Constituição, a mútua assistência exerce papel relevante na consecução da dignidade humana. Em época de franca personalização do Direito Civil, é inevitável afirmar que a mútua assistência é o principal fim/dever do casamento. Por isso, nas palavras de Venosa (2001, p. 38), o instituto do matrimônio pode ser resumido “[...] na comunhão de vida e de interesses”.

Hoje é irrefutável, frente à Hermenêutica Constitucional, que a mútua assistência implica a busca em comum da alegria e da felicidade dos consortes na divisão cotidiana de suas dúvidas e aflições, seus fracassos e tropeços, suas vitórias e conquistas, pois

³ O julgado RT 574/271 permitiu a concessão de alimentos para o cônjuge que vivia sob o mesmo teto do seu par, pois reconheceu a separação de fato entre eles.

é recíproco o amor entre eles, de um só se pode esperar o desejo de querer o bem do outro. Nesse contexto, Rodrigues (2000, p. 21) assevera que “[...] a aproximação dos sexos e o natural convívio entre marido e mulher, ordinariamente, suscitam o desenvolvimento de sentimentos afetivos recíprocos, dos quais o dever de se prestarem assistência é mero corolário”. Diniz (2002, p. 35), por seu turno, afirma que o auxílio mútuo é “[...] corolário do convívio entre os cônjuges e fim do matrimônio”.

Perfeita é a exposição de Almada (1978, p. 206) quando salienta que “[...] quem contrai núpcias quer assistir e proteger o seu par amoroso e essa expressão do amor é implícita no matrimônio como elemento lógico de sua motivação e finalidades maiores, pois casamento é integração harmônica de predicados, suprimimento recíproco de falhas, comunhão de esforços diferenciados, para o atingimento de um fim comum: a felicidade”. Azevedo (1976, p. 87) ressalta que “[...] o amor é mais importante do que tudo na família [...] o mútuo auxílio material e espiritual entre os esposos, sua convivência amorosa, é mais importante do que a própria formalidade que faz nascer a família”. Arrematando, brilhante e magistral é a lição da Professora Santos (1999, p. 62), que merece ser transcrita:

Concluimos que a finalidade essencial de todos aqueles que se casam é a realização pessoal, sendo a mútua assistência o principal instrumento para que os cônjuges atinjam esse fim ou objetivo primordial.

Isso porque os seres humanos, originalmente limitados, buscam no casamento a superação de suas deficiências, para que se realizem e alcancem a felicidade, o que depende de uma conduta de mútuo auxílio e respeito, a qual é imposta, juridicamente, pelo dever recíproco de assistência imaterial entre os cônjuges. Como enfatizam Jorge Adolfo Mazzinghi, doutrinador argentino, e Puig Peña, autor espanhol, o matrimônio complementa a limitação da pessoa humana, que procura a própria perfeição e a perfeição do cônjuge, na busca da mútua realização, razão pela qual os consortes devem observar uma conduta de satisfação recíproca, própria de duas pessoas que se amam.

A mútua assistência, portanto, não decorre do simples vínculo matrimonial em si, mas do sentimento de amor entre os cônjuges, o qual é o verdadeiro responsável pela criação e manutenção desse vínculo. Diante dessa releitura do dever da mútua assistência, constata-se uma autêntica transformação do instituto do casamento, que deixa de ser o único meio de formação da família para se constituir em um dos (ressalte-se, nunca o único) centros de realização da dignidade da pessoa humana. Se um homem e uma mulher escolhem formar uma família através do casamento é porque entendem que este instituto será a melhor alternativa para o desenvolvimento do amor que um sente pelo outro.

Por outro lado, não havia punição maior para duas pessoas do que continuarem casadas quando uma nutria pela outra ódio mortal. Vamos e venhamos, se o casamento era meio de promoção da dignidade, ele só deveria continuar existindo caso estivesse cumprindo o seu papel. No momento em que deixa de cumpri-lo, não há mais qualquer motivo para sua manutenção, razão pela qual o legislador constitucional, sabiamente, ampliou as hipóteses de divórcio já discretamente reguladas pela Lei nº 6.515/77.

Assim, a Carta Magna, como consequência da dignidade humana e no intuito de promovê-la, não só retirou do casamento o monopólio na criação ou legitimação da família, como também permitiu outras formas de entidades familiares, quais sejam, a união estável e a família monoparental. Com isso, pessoas que antes não queriam ou não podiam convolar núpcias e, por isso mesmo, recebiam tratamento discriminatório, passaram a ter a oportunidade de constituir uma entidade familiar, pelo menos aos olhos da lei, já que na realidade fática tudo isso já existia. Era por demais injusto tolher alguém que não encontrava no casamento o meio adequado para a realização da sua própria dignidade. Com a inovação constitucional, a probabilidade de sucesso particular dessas pessoas aumentou consideravelmente.

Nessa esteira, vale a pena aqui mencionar o pensamento do ilustre Professor Lobo (2006, grifo nosso), segundo o qual o art. 226, § 4º, da Constituição Federal, ao estatuir que “[...] entende-se, *também*, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, acabou criando uma *cláusula geral de inclusão da família*, no sentido de que essa entidade, antes reconhecida pela lei, se constituída unicamente pelo casamento (*numerus clausus*), agora deve ser sempre reconhecida pelo ordenamento jurídico, se restar caracterizado seu solitário elemento caracterizador, o *afeto*.

Em outras palavras, a família deixa de ser constituída pelo vínculo jurídico (modelo único de família) para ser reconhecida pelo ordenamento quando presente o *intuitu familiae*, o afeto como elemento volitivo de sua formação (modelo aberto e plural de família). Por isso, passa-se a conferir maior importância à dignidade de cada um dos membros da família e ao relacionamento afetivo existente entre eles do que propriamente à instituição em si mesma.

Os exemplos desse novo paradigma são citados pela própria Constituição Federal, ao reconhecer como entidade familiar também a união estável (art. 226, § 3º) e a família monoparental (art. 226, § 4º). Mas, seguindo a linha de raciocínio do Professor Lobo (2006), esses não são os únicos exemplos a serem dados. É por isso que já se verifica na doutrina⁴ e na jurisprudência, com muito acerto, uma forte tendência em reconhecer como entidade familiar (e não mais como sociedade de fato, afastando-se

⁴ A esse respeito, sugerimos a leitura do livro da Professora Dias (2001).

assim a aplicação da famigerada Súmula n. 380 do STF⁵) a união entre homossexuais (melhor chamadas de uniões homoafetivas), reconhecimento que implica a fixação da competência da Vara de Família (não mais Vara Cível) para apreciar feitos a ela relacionados. A título de ilustração, colacionemos os seguintes julgados:

HOMOSSEXUAIS. UNIAO ESTAVEL. POSSIBILIDADE JURIDICA DO PEDIDO. E POSSIVEL O PROCESSAMENTO E O RECONHECIMENTO DE UNIAO ESTAVEL ENTRE HOMOSSEXUAIS, ANTE PRINCIPIOS FUNDAMENTAIS INSCULPIDOS NA CONSTITUICAO FEDERAL QUE VEDAM QUALQUER DISCRIMINACAO, INCLUSIVE QUANTO AO SEXO, SENDO DESCABIDA DISCRIMINACAO QUANTO A UNIAO HOMOSSEXUAL. E JUSTAMENTE AGORA, QUANDO UMA ONDA RENOVADORA SE ESTENDE PELO MUNDO, COM REFLEXOS ACENTUADOS EM NOSSO PAIS, DESTRUINDO PRECEITOS ARCAICOS, MODIFICANDO CONCEITOS E IMPONDO A SERENIDADE CIENTIFICA DA MODERNIDADE NO TRATO DAS RELACOES HUMANAS, QUE AS POSICOES DEVEM SER MARCADAS E AMADURECIDAS, PARA QUE OS AVANCOS NAO SOFRAM RETROCESSO E PARA QUE AS INDIVIDUALIDADES E COLETIVIDADES, POSSAM ANDAR SEGURAS NA TAO ALMEJADA BUSCA DA FELICIDADE, DIREITO FUNDAMENTAL DE TODOS. SENTENCA DESCONSTITUIDA PARA QUE SEJA INSTRUIDO O FEITO. APELACAO PROVIDA. (RIO GRANDE DO SUL, 2000a).

RELACOES HOMOSSEXUAIS. COMPETENCIA DA VARA DE FAMILIA PARA JULGAMENTO DE SEPARACAO EM SOCIEDADE DE FATO. A COMPETENCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARACAO DE SOCIEDADE DE FATO DE

⁵ A Súmula assevera que “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”. Tal Súmula constitui uma construção jurisprudencial realizada pelo Pretório Excelso para amenizar os efeitos do não reconhecimento jurídico da união estável como entidade familiar. Através dela, a convivência dos concubinos era tida como uma sociedade de fato e, desse modo, era possível haver a dissolução desta convivência e a conseqüente partilha do patrimônio comum, só que em sede de Vara Cível (não na Vara de Família). Com o advento da Constituição Federal de 1988, o ordenamento jurídico nacional passou a reconhecer a união estável como entidade familiar e a Súmula 380 STF deixou de ser aplicada a ela. Algo semelhante vem ocorrendo com a união homoafetiva: inicialmente muitos autores sustentaram a aplicação da multi-citada Súmula a esta união, mas, modernamente, a doutrina vem se inclinando pelo reconhecimento da mesma como verdadeira entidade familiar, afastando-se assim a incidência do conteúdo sumular à situação em comento.

CASAI FORMADOS POR PESSOAS DO MESMO SEXO, E DAS VARAS DE FAMILIA, CONFORME PRECEDENTES DESTA CAMARA, POR NAO SER POSSIVEL QUALQUER DISCRIMINACAO POR SE TRATAR DE UNIAO ENTRE HOMOSSEXUAIS, POIS E CERTO QUE A CONSTITUICAO FEDERAL, CONSAGRANDO PRINCIPIOS DEMOCRATICOS DE DIREITO, PROIBE DISCRIMINACAO DE QUALQUERESPECIE,PRINCIPALMENTEQUANTO A OPCAO SEXUAL, SENDO INCABIVEL, ASSIM, QUANTO A SOCIEDADE DE FATO HOMOSSEXUAL. CONFLITO DE COMPETENCIA ACOLHIDO. (RIO GRANDE DO SUL, 2000b).

Noutro giro, identifica-se que o Superior Tribunal de Justiça, analisando lides atinentes ao bem de família, já reconheceu como entidade familiar a pessoa solitária (*o single*) e a comunidade formada por variados parentes, principalmente entre irmãos (*família anaparental*), como se vê dos seguintes julgados:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. MÓVEIS GUARNECEDORES DA RESIDÊNCIA. IMPENHORABILIDADE. LOCATÁRIA/EXECUTADA QUE MORA SOZINHA. ENTIDADE FAMILIAR. CARACTERIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA. LEI 8.009/90, ART. 1º E CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 226, § 4º. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. O conceito de entidade familiar, deduzido dos arts. 1º da Lei 8.009/90 e 226, § 4º da CF/88, agasalha, segundo a aplicação da interpretação teleológica, a pessoa que, como na hipótese, é separada e vive sozinha, devendo o manto da impenhorabilidade, dessarte, proteger os bens móveis guarnecedores de sua residência. (BRASIL, 2000).

EXECUÇÃO. Embargos de terceiro. Lei nº 8.009/90. Impenhorabilidade. Moradia da família. Irmãos solteiros. Os irmãos solteiros que residem no imóvel comum constituem uma entidade familiar e por isso o apartamento onde moram goza de proteção de impenhorabilidade, prevista na Lei nº 8.009/90, não podendo ser penhorado na execução de dívida assumida por um deles. (BRASIL, 1998).

À guisa de todo o expandido, resta demonstrado que a família deixou de ser um instituto fechado e individualista para ser definida modernamente como uma comunidade de

afeto e entreadjudada, local propício à realização da dignidade da pessoa humana e, por isso mesmo, caracterizada como um ente voltado para o próprio homem, plural como ele mesmo é, democrática, aberta, multifacetária, não discriminatória, natural e verdadeira. Por consequência, os modelos de família são sempre *sugeridos* pela Constituição e nunca *impostos* pelo ordenamento jurídico com outrora ocorria no Código Civil de 1916.

Não obstante a consolidação deste conceito moderno sobre a família, certo é que, no plano infraconstitucional, não se via o reconhecimento expresso de tal conceito, o que, muitas vezes, causava insegurança aos magistrados no julgamento dos casos concretos, principalmente nas lides envolvendo uniões homoafetivas, optando eles, no vazio legislativo, pelo não reconhecimento de outro tipo de entidade familiar além daquelas três já previstas na Constituição Federal. Ocorre que, muito recentemente, em 7 de agosto de 2006, foi sancionada a Lei nº 11.340/2006, que, apesar de ter como finalidade primordial a criação de mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar praticada contra a mulher, acabou trazendo no seu bojo importante inovação no ordenamento jurídico nacional no seu artigo 5º, II e parágrafo único.

Neste momento, devem ser retomadas as duas indagações formuladas na Introdução deste trabalho: 1. teria o art. 5º, II e parágrafo único, da Lei nº 11.340/2006 transportado para o âmbito infraconstitucional, de forma inédita, o moderno conceito de família? 2. Em caso positivo, qual a real extensão desse conceito legal? Antes de respondermos propriamente a essas indagações, avancemos no desenvolvimento do trabalho, realizando no capítulo vindouro uma brevíssima análise acerca da Lei Maria da Penha, com destaque para o dispositivo ora em apreciação.

2. Breves notas sobre a Lei nº 11.340/06

No dia 7 de agosto de 2006, foi sancionada pelo Presidente Luís Inácio Lula da Silva a Lei nº 11.340, que foi prontamente alcunhada de Lei Maria da Penha, em uma justíssima homenagem à biofarmacêutica Maria da Penha, vítima de um caso de violência doméstica que se tornou emblemático. A referida Lei:

Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.

Em 29 de maio de 1983, o marido de Maria da Penha tentou matá-la com disparos de arma de fogo, enquanto ela dormia, e procurou encobertar a sua ação alegando que houve uma tentativa de roubo em sua residência. Após ficar hospitalizada por duas semanas, Maria da Penha retornou ao lar com a seqüela permanente da paraplegia nos seus membros inferiores. Não obstante, seu marido voltou a atentar contra sua vida, tentando eletrocutá-la durante o banho. Felizmente, Maria da Penha conseguiu sobreviver, mas seu marido ficou impune durante longos dezenove anos e seis meses, quando, finalmente, foi condenado e preso.

Destarte, diante dessa imensa morosidade, o caso foi levado até a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos – OEA (Caso nº 12.051/OEA), que, em resposta, publicou o Relatório nº 54, de 2001, no qual consta a recomendação dirigida à República Federativa do Brasil para que fosse realizada uma profunda reforma legislativa com o fito de proporcionar um efetivo combate aos casos de violência doméstica praticada contra a mulher. Atendendo a essa recomendação é que o país, em muito boa hora, fez surgir a Lei Maria da Penha. Através desse instrumento legislativo, verificou-se a implementação de medidas que verdadeiramente passaram a contribuir no combate à violência doméstica contra mulheres, a exemplo da possibilidade de retirada do agressor do convívio da agredida (inclusive com a decretação da prisão preventiva daquele), do apoio psicossocial da vítima etc. Não obstante, ao menos para os fins deste trabalho, a maior inovação trazida pela Lei Maria da Penha vem estampada no seu art. 5º, II e parágrafo único. É o que será visto no próximo capítulo.

3. O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o art. 5º, II e parágrafo único, da Lei nº 11.340/06

Após todo o arcabouço teórico desenvolvido, até o momento, neste trabalho, fica muito fácil perceber que a Lei Maria da Penha, ao estatuir, no seu art. 5º, II, que a família deve ser “[...] compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa” acabou se tornando a primeira norma infraconstitucional a reconhecer categoricamente o conceito moderno de família.

Note-se que o dispositivo *sub oculis* destaca que é considerada família não apenas a comunidade tida como tal pelo ordenamento jurídico (comunidade formada por indivíduos que são aparentados, ou seja, unidos por laços naturais e, por afinidade), mas também aquela na qual os seus componentes se consideram aparentados, ou, em outras palavras, são unidos por vontade expressa. Dessa forma, pode-se afirmar que a presente norma consagra, pela primeira vez, no âmbito infraconstitucional, a idéia de que a família não é constituída por imposição da lei, mas sim por vontade dos seus próprios membros.

Em definitivo, tem-se como assente o entendimento de que a entidade familiar ultrapassa os limites da previsão jurídica (casamento, união estável e família monoparental) para abarcar todo e qualquer agrupamento de pessoas onde permeie o elemento afeto (*affectio familiae*). Por conta disso, o ordenamento jurídico deverá sempre reconhecer como família todo e qualquer grupo no qual os seus membros enxergam uns aos outros como seu familiar. Nesse cenário, impende destacar que, embora o *caput* do art. 5º da Lei mencione que o conceito de família aqui tratado valha apenas para os seus próprios fins, é óbvio que, com base no que foi explanado no capítulo 1 deste trabalho, tal conceito deve ser estendido para todo o ordenamento jurídico pátrio.

Não obstante a Constituição Federal ter sido a verdadeira responsável pela criação desse moderno conceito de família, não há que se olvidar acerca da imensa importância da previsão infraconstitucional dele, para fins de incremento da segurança jurídica na resolução das lides forenses, principalmente nos termos propostos no parágrafo anterior, ainda mais quando se leva em conta o mau hábito que por muito tempo habitou o direito civil de se dar mais valor ao Código Civil do que ao Texto Constitucional⁶.

A outra conclusão a que se chega é que esse conceito legal acaba por expressamente reconhecer, no mundo jurídico, a união homossexual (ou homoafetiva). Aliás, a própria Lei Maria da Penha não deixa dúvidas de que é possível considerar a união homoafetiva como entidade familiar ao dispor, no parágrafo único do art. 5º, que “as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”. Desde já, ressalte-se que, apesar do referido dispositivo tratar apenas do homossexualismo feminino, é óbvio que, com base no princípio constitucional da igualdade, tal regra também deve ser aplicada ao homossexualismo masculino.

Essa conclusão implica a perda de interesse na aprovação de qualquer projeto de lei que venha a disciplinar essa matéria, pois, na verdade, já há lei tratando expressamente dela. Além disso, afasta-se por completo a incidência da famigerada Súmula nº 380 do STF, visto que as uniões homoafetivas não são sociedades de fato e sim entidades familiares, daí porque sua apreciação deve se dar sempre na Vara de Família, nunca em uma Vara Cível. Arrematemos essa questão transcrevendo as brilhantes palavras da festejada Professora Dias (2006):

Diante da expressão legal, é imperioso reconhecer que as uniões homoafetivas constituem uma unidade doméstica, não importando o sexo dos parceiros. Quer as uniões formadas por um homem e uma mulher, quer as formadas por duas mulheres, quer as formadas por um homem e uma pessoa com distinta

⁶ Este fenômeno de superposição do Código Civil à Constituição Federal é chamado por Tepedino (2001) de *subversão hermenêutica*.

identidade de gênero, todas configuram entidade familiar. Ainda que a lei tenha por finalidade proteger a mulher, fato é que ampliou o conceito de família, independentemente do sexo dos parceiros. Se também família é a união entre duas mulheres, igualmente é família a união entre dois homens. Basta invocar o princípio da igualdade. A partir da nova definição de entidade familiar, não mais cabe questionar a natureza dos vínculos formados por pessoas do mesmo sexo. Ninguém pode continuar sustentando que, em face da omissão legislativa, não é possível emprestar-lhes efeitos jurídicos [...]. Diante da definição de entidade familiar, não mais se justifica que o amor entre iguais seja banido do âmbito da proteção jurídica, visto que suas desavenças são reconhecidas como violência doméstica.

6. Conclusão

Ao final deste trabalho, é forçoso concluir que, a partir da Constituição Federal, através do princípio do reconhecimento da união estável (art. 226, § 3º) e da família monoparental (art. 226, § 4º) e do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a família, antes tratada pelo Código Civil de 1916 sob uma única modalidade (a família matrimonializada) e com um enfoque eminentemente patrimonialista, passou a ser considerada um agrupamento aberto, plural, multifacetário, personalista, irradiador da felicidade de cada um dos seus membros, onde o afeto é o seu solitário requisito de constituição. O conceito moderno de família foi consagrado pela primeira vez, no plano infraconstitucional, a partir do art. 5º, II, da Lei nº 11.340. Por questão de coerência com a Constituição Federal e para garantir uma maior segurança jurídica, o conceito previsto na Lei Maria da Penha deve permear todo o ordenamento pátrio. Por força desse conceito legal e ainda com base no que dispõe o parágrafo único do art. 5º da mesma Lei, está definitivamente reconhecida a união homoafetiva (entre mulheres e, pelo princípio constitucional da igualdade, também entre homens) como entidade familiar, o que implica a perda de interesse na aprovação de qualquer projeto de lei que venha a disciplinar essa matéria, bem como afasta-se por completo a incidência da famigerada Súmula nº 380 do STF, pois tal união não é sociedade de fato (e sim entidade familiar), daí porque sua apreciação deve se dar sempre na Vara de Família, nunca em uma Vara Cível.

7. Referências bibliográficas

ALMADA, Nery de Mello. *Manual de direito de família*. São Paulo: Tribuna da Justiça, 1978.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Dever de coabitação: inadimplemento*. São Paulo: José Bushatski, 1976.

BOCK, Ana Maria et al. *Psicologias*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 205.179/SP. Brasília, 7 de fevereiro de 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 159.851/SP. Brasília, 22 de junho de 1998.

DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

DIAS, Maria Berenice. *Violência doméstica e as uniões homoafetivas*. *JusNavigandi*, Teresina, ano 10, n. 1185, 29 set. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8985>. Acesso em: 27 out. 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves. A família da pós-modernidade: em busca da dignidade perdida. *Revista Persona*, Revista Electrónica de Derechos Existenciales, Argentina, n. 9, set. 2002. Disponível em: <http://www.revistapersona.com.ar/9farias.htm>. Acesso em: 4 jan. 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. *Revista Brasileira de Direito de Família*, São Paulo, v. 1, n. 1, abr./jun. 1999.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. *JusNavigandi*, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto/.asp?id=2552>. Acesso em: 27 out. 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice. (Coord.). *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 598362655. Relator: Des. José Ataídes Siqueira Trindade. Porto Alegre, 1º de março de 2000a.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. CCO nº 70000992156. Relator: Des. Jose Ataides Siqueira Trindade. Porto Alegre, 29 de junho de 2000b.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito de família*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 6.

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2001. v. 5.